

تحلیل رویکرد حقوق اسلام و فرانسه به ضمان درک

علی‌رضا باریکلو*

استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۱۰)

چکیده

امنیت رابطه قراردادی یکی از اهداف مهم حقوق قراردادها است. تا حدی که در حقوق اروپایی به‌عنوان یکی از اصول زیربنایی مورد بحث واقع شده است. ضمان درک یکی از قواعد مؤثر در تأمین ثبات رابطه قراردادی است که در حقوق مدنی ایران تحت تأثیر ناقص حقوق اسلام و فرانسه، بر حمایت از مالکیت عین مورد معامله مبتنی شده، و از فلسفه حقوقی آن، یعنی حمایت از منافع قراردادی، منحرف شده است. بنابراین، در این مقاله رویکرد حقوق اسلام و حقوق فرانسه که منبع تدوین قانون مدنی بوده است، بررسی، و ثابت شد رویکرد دو سیستم یادشده به هدف، مبنا و فلسفه اجتماعی ضمان درک یکسان است ولی در مواردی که عین خارجی معامله شده باشد، دیدگاه‌های حقوق اسلامی بیشتر بر حمایت از مالکیت عین محدود شده، ولی در حقوق فرانسه به منافع قراردادی طرفین نیز توجه شده است.

کلیدواژگان

رویکرد حقوقی، حق مالکیت، مبنای ضمان درک، مضمون‌به، منافع قراردادی.

* رایانامه نویسنده: bariklou@ut.ac.ir

این مقاله از طرح پژوهشی «جبران قراردادهای غیرمعتبر» به شماره ۲۲۰۲۰۱۲/۱/۰۸ که با حمایت مالی معاونت علمی پردیس فارابی دانشگاه تهران انجام گرفت، استخراج شده است.

مقدمه

ضمان درک یکی از قواعد مهم حقوق قراردادها است که در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. از آثار بیع صحیح، ولی در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳، از آثار بیع باطل محسوب شده است. تعارض این مواد از تعدد منابع آن ناشی می‌شود، زیرا ظاهر این مواد حکایت از آن دارد که حکم بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. از مواد ۱۶۰۳ و ۱۶۲۵ ق.م.ف. و حکم مواد ۳۹۰-۳۹۱ ق.م. از نظریات فقهی مرتبط با مقبوض به عقد باطل، مبیع فضولی و مبیع مغضوب اقتباس شده است. با توجه به تعارض این مواد، رویکرد حقوق اسلامی و حقوق فرانسوی به ضمان درک به‌عنوان منابع آن، بررسی می‌شود. برای تحلیل صحیح، علاوه بر تفاوت رویکرد به رابطه قراردادی، این پرسش‌ها نیز پاسخ داده می‌شود که مضمون به چه چیزی است و منشأ تضمین آن و ضمانت اجرای حقوقی آن چیست؟

بنابراین، پرسش اصلی این است که رویکرد حقوقی دو سیستم به شرایط معاملی موضوع قرارداد و ضمان درک چیست و مقررات قانون مدنی ایران با کدام یک مطابق است؟ فرضیه پژوهش بر این مبتنی است که رویکرد حقوق اسلامی اعتبارمحور و ادله‌گرا و رویکرد حقوق فرانسوی تعهدمحور و تکلیف‌گرا است و مقررات قانونی مدنی ایران با هیچ‌یک از این دو رویکرد انطباق کامل ندارد، بلکه به‌طور ناقص، از دو سیستم متأثر شده است. از این رو، در این مقاله برای تحلیل صحیح موضوع رویکرد کلی دو نظام حقوقی به شرایط معاملی موضوع قرارداد، رویکرد خاص آن به ضمان درک، منشأ و مضمون به آن تحلیل می‌شود.

رویکرد به شرایط معاملی موضوع قرارداد

رویکرد سیستم‌های حقوق اسلامی و حقوق فرانسوی به قرارداد، به‌ویژه به موضوع عقد، متفاوت است زیرا رویکرد حقوق اسلام وضعی و اعتبارمحور است و توجه آن به این موضوع متمرکز است که مبیع با چه شرایطی قابل معامله، و چه شرایطی مانع نفوذ معامله آن است. اما رویکرد حقوق فرانسه تعهدمحور است و توجه آن به تعهدات طرفین نسبت به موضوع عقد متمرکز است. مثلاً در حقوق اسلام و ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران، عقد بیع به تملیک عین به عوض معلوم

تعریف شده، ولی در ماده ۱۵۸۲ ق.م.ف. عقد بیع به تعهد بایع به تسلیم مبیع و تعهد مشتری به پرداخت ثمن تعریف شده است. یا درباره شرایط معاملی مبیع در ماده ۳۵۱ ق.م. مقرر شده است اگر مبیع کلی در ذمه باشد، بیع وقتی صحیح است که جنس، وصف و مقدار مبیع بیان شود، بدون اینکه تعهدی برای بایع مقرر شود، اما در ماده ۱۶۰۲ ق.م.ف. بایع به ذکر و تصریح به چیزی که متعهد به تسلیم آن شده، متعهد شده است و هر گونه ابهام و اجمال درباره مبیع، علیه بایع و به نفع مشتری تفسیر می‌شود. بنابراین، در ماده ۱۶۲۵ ق.م.ف. نسبت به ضمان درک، دو تعهد اساسی برای بایع در قبال مشتری مقرر شده است. نخست، تضمین عدم تخلیه نسبت به مواردی که مبیع مستحق للغير درآید. بعضی این تعهد را با تعهد تسلیم مبیع مرتبط می‌دانند، چون فروشنده نباید مال متعلق به دیگری را تسلیم کند. به همین دلیل، فروشنده باید عدم مزاحمت حقوقی نسبت به مبیع را تضمین کند. این تضمین صرفاً به عین مبیع تعلق نمی‌گیرد، بلکه خسارت ناشی از مزاحمت حقوقی ثالث را نیز شامل می‌شود. این تضمین غیرقابل واگذاری و تجزیه‌ناشدنی است و توسط خریداران بعدی نیز قابل استناد است (Rousseau, 1986, p.99). از این رو، تعهد بایع مطلق توصیف شده است که نه فقط منافع مشتری طرف قرارداد، بلکه منافع مشتریان بعدی را نیز تضمین می‌کند. دوم، تضمین فقدان عیب مخفی کالا است که بایع نسبت به عیب مخفی مبیع ضامن است (François et al., 1996, pp.205-206).

این دو رویکرد در مسئولیت طرفین قرارداد تأثیر خواهد گذاشت، زیرا در رویکرد حقوق اسلامی تا زمانی که عقدی به طور صحیح منعقد نشود، طرفین نسبت به هم وظیفه‌ای ندارند. ولی در حقوق فرانسه تعهد طرفین منوط به اعتبار عقد نیست. به عبارت دیگر، احکام وضعی در آن وجود ندارد، بلکه تکلیفی است. افزون بر این، حقوق اسلامی مانند سیستمی ادله‌گرا است که از ظهور ادله استنباط حکم شرعی می‌کند، درباره رفتار دوران پیش قراردادی طرفین رابطه نیز به ظهور الفاظ یا اعمال آنان توجه می‌کند. اما سیستم حقوق فرانسه تعهدگرا است و بایع را ملزم به تضمین عدم مزاحمت حقوقی و عملی خویش و ثالث کرده است. مراد از مزاحمت حقوقی، مزاحمتی است که مبتنی بر ادعای حقی از حقوق نسبت به مبیع از طرف بایع یا ثالث انجام گیرد. مزاحمت

عملی عبارت از مزاحمتی است که مبتنی بر حقی از حقوق نباشد (François et al., 1996, pp.249-250). بنابراین، ضمان درک دو وظیفه را بر بایع تحمیل می‌کند: نخست اینکه مزاحم تصرفات مشتری نشود یا نسبت به مبیع ادعای حقی نکند. این موضوع به تضمین فعل خویش^۱ توصیف شده است (Mazeaud et al., 1998, p.228)؛ دوم، تضمین فعل ثالث^۲ است که ثالث نسبت به مبیع ادعای حقی نداشته باشد (Rousseau, 1986, p.98). هر چند به وظیفه نخست در حقوق اسلامی چندان توجه نشده، حتی در ماده ۲۵۵ ق.م. از ادعای خلاف آن حمایت شده است. بعضی نیز به این وظیفه توجه کرده‌اند و در موردی که شخصی به وکالت مالی را بفروشد و بعد ادعای مالکیت منافع آن را تا سه سال کند، معتقدند اگر عقد اجاره را هم ثابت کند، مستحق منافع آن نیست، چه رسد به اینکه ادعا داشته باشد (میرزای قمی، ۱۳۱۴هـ.ق، ج ۳، ص ۴۱). زیرا عرضه مال به فروش ظاهر در این است که فروشنده نسبت به آن حقی و ادعایی بعد از بیع ندارد و مشتری چون بر این ظاهر اعتماد کرده، مغرور شده است و بر فرض اثبات عقد اجاره، از بایع حمایت نمی‌شود.

دومین تفاوت رویکرد دو سیستم، نگاه متفاوت به منافع طرفین قرارداد است. در حقوق اسلامی غالباً در حمایت از منافع طرفین به مالکیت مال موضوع عقد توجه شده است، بنابراین، مشهور فقها ضمان درک بایع را نسبت به مالکیت ثمن و ضمان مشتری را نسبت به مالکیت مبیع مطرح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۲۶، ص ۱۴۶؛ حلی، ۱۴۲۸هـ.ق، ج ۱، ص ۲۹۹). البته در مواردی هم به اقتضای دلیل، به منافع قراردادی توجه شده است، مثلاً در هبه باطل که شخصی به مال خودش اطعام شد و متصرف بعد از مصرف، متوجه شد که مال موهوبه نیست، بلکه مال خود او است، منافع قراردادی مورد توجه قرار گرفته و به ضمان واهب فصول به مثل مال حکم شده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹هـ.ق، ج ۱، ص ۲۸۱). این رویکرد ناظر بر جبران ضرر نیست، بلکه حمایت از منافع قراردادی مورد انتظار است. همچنین، در بیع فضولی، اگر مالک به خریدار جاهل

1. La garantie du fait personnels

2. La garantie du fait tiers

رجوع، و عوض منافع را از او دریافت کند، نسبت به منافع مستوفات این شبهه مطرح شده است که بایع فضول ضامن نیست، زیرا خریدار در قبال منفعت، عوض پرداخته است، ولی مشهور فضول را ضامن دانسته‌اند، زیرا مشتری مال را خریده که به‌طور مجانی از آن منتفع شود (موسوی خویی، ۱۴۱۷هـ.ق، ج ۴، ص ۳۶۳؛ قارپوزآبادی، ۱۴۱۴هـ.ق، ص ۸۵). ولی در حقوق فرانسه همه توجه به منافع انتظاری طرفین از عقد معطوف شده است و اگر به رفع تصرف کلی حکم شود، بایع باید ضرر ناشی از فوت منافع قراردادی^۱ را جبران کند (Lambert, 1974, p.276). این تمایز موجب تفاوت در ضمانت اجرا شده است، به طوری که در حقوق اسلامی غالباً به لزوم بازگرداندن عین مال و در حقوق فرانسه، به لزوم جبران منافع قراردادی توجه شده است. به هر حال، تفاوت رویکرد دو سیستم حقوقی به شرایط معاملی مبیع و منافع طرفین عقد بر ضمان درک نیز تأثیر گذاشته است که بررسی خواهد شد.

ضمان درک و عهده

یکی دیگر از موضوعات مؤثر، توصیف عنوان ضمان درک است. در حقوق فرانسه، فقط اصطلاح تضمین^۲ به کار گرفته شده، و مطابق با ماده ۱۶۰۳ ق.م.ف. بایع مسئول تسلیم و تضمین مبیع است که طبق ماده ۱۶۲۵، تضمین سلامت مادی و حقوقی مبیع را شامل می‌شود. این تضمین شامل فعل بایع است، یعنی مزاحم تصرفات مشتری نشود یا ادعای حقی نسبت به مبیع نداشته باشد، مگر آنکه عقد باطل یا به علل قانونی، فسخ یا منفسخ شود. همچنین، نسبت به فعل ثالث است که کسی نسبت به مبیع حقی ندارد (Mazeaud et al., 1998, p.227). اما در حقوق اسلامی، غالباً دو عنوان عهده یا ضمان درک به کار گرفته شده و قابل بحث است که آیا ضمان درک و عهده مترادف، یا دو نهاد متفاوت، یا دو نهاد با کارکرد یکسان ولی منشأ متفاوت‌اند. مثلاً بعضی درباره نامگذاری این تعهد به ضمان عهده، معتقدند این نوع ضمان، ضمان عهده نامیده شده است، چون ضامن ملتزم به

1. Dommages - interest

2. La garantie

آن چیزی شده که بایع رد آن را به عهده گرفته است، گویی ضامن ضعف عقد را محکم کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۴هـ.ق، ص ۱۴، ص ۳۲۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱هـ.ق، ج ۴، ص ۵۲).

در این دیدگاه، به تضمین مسئولیت بایع یا مشتری توسط ثالث ضامن عهده اطلاق شده است. بنابراین، معتقدند ضامن عهده ثمن از مشتری قبل از تسلیم یا ضامن عهده بایع نسبت به مبیع، اگر عیبی داشته باشد یا مستحق للغیر درآید، نافذ است (علامه حلی، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۲، ص ۱۵۸). در توصیف دیگر، عهده به وثیقه یا سندی که در آن وثیقه بیع، مقدار، کیفیت و زمان پرداخت ثمن درج شده، تعبیر می شود که بعدها به خود ثمن منصرف و غلبه کرد (علامه حلی، ۱۴۲۰هـ.ق، ج ۲، ص ۵۵۵). اما بعضی وجه تسمیه ضامن درک را در این دانسته اند که بایع یا مشتری ملتزم به جبران خسارتی شده است که از استرداد مالک واقعی، به طرف دیگر عقد وارد می شود (حائری طباطبایی، بی تا، ص ۱۳۸). بعضی ضامن عهده را مترداف ضامن درک دانسته و معتقدند، اگر در مبیع عیبی باشد، یا مستحق للغیر درآید، ضامن عهده ثمن یعنی درک صحیح است (محقق ثانی، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۵، ص ۳۲۲؛ بهبهانی، ۱۳۱۰هـ.ق، ص ۱۴۸). بعضی نیز درک را مجمل دانسته و معتقدند: «مراد از درک مبیع و ثمن، این است که مالی را بایع رهن کند که اگر مبیع مستحق للغیر برآید، مشتری حق خود را از قیمت عین مرهونه استیفا کند. اگر ثمن مستحق غیر بر آید، بایع از عین مرهونه استیفای حق خود نماید» (میرزای قمی، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۲، ص ۴۳۲-۴۳۱). در این دیدگاه ضامن درک به نوعی رهن تفسیر شده است، زیرا به اقتضای عقد هر طرف، ضامن برگرداندن مالی را که متصرف شده است، دارد و ضامن صرف او توثیق بیشتری ایجاد نمی کند. بنابراین، رهن مالی برای اعتبار ضامن درک بایع یا مشتری شرط شده است.

بعضی نیز معتقدند، ضامن عهده در موردی است که شخصی ضامن شود اگر ثمن یا مثنی مستحق للغیر درآید، عوض آن را برگرداند. اما ضامن درک. چون درک به معنای عیب است، تضمین به معنای جبران خسارت ناشی از عیب احتمالی است (مطهری، ۱۳۸۱، ج ۲۰، ص ۳۶۸). این دیدگاه قابل اعتماد نیست، زیرا در اغلب متون فقهی، خسارت ناشی از عیب مخفی به ارش تعبیر شده، و درک به تدارک خسارت ناشی از تعلق مبیع به دیگری تفسیر شده است (شیخ انصاری،

۱۴۱۵هـ.ق، ج ۱، ص ۲۸۲). بنابراین، بعضی معتقدند ضمان عهده به این دلیل اطلاق شده است که ضامن ملتزم به چیزی می‌شود که با بیع استرداد آن را بر عهده گرفته است، یا همان‌طور که در صحاح آمده است، وقتی گفته می‌شود در امری عهده است، یعنی هنوز محکم نیست. گویی ضامن ضعف عقد را توثیق کرده است، یا ضامن متعهد شده است در موارد نیاز مشتری به او رجوع کند. این ضمان، ضمان درک نیز نامیده می‌شود. در صحاح درک به معنای مسئولیت است و ضمان درک به این دلیل نامیده شده است که اگر مالک یا مستحق عین مال خود را ادراک کند، ضامن ملتزم به پرداخت غرامت شده است (مجاهد، بی تا، ص ۱۳۸). در نتیجه، اصطلاح‌های ضمان درک و عهده در نظریه‌های فقهی معنای یکسان دارد. بنابراین، در ماده ۷۰۹ ق.م.، ضمان درک و در ماده ۶۹۷، ضمان عهده به کار گرفته شده است.

مبنای ضمان درک

در تحلیل ضمان درک، باید مبنای آن نیز بررسی شود. مراد از مبنا نیازهای اجتماعی و حقوقی است که موجب شناسایی نهاد ضمان درک و نیز ادله شرعی می‌شود که از چنین نهادی حمایت کرده است. بیم خطر حقوقی تعلق حق ثالث به موضوع معامله یا بیم خطر مادی ناشی از عیب مخفی درباره معامله، مبنای شناسایی ضمان درک در رژیم حقوقی قراردادها محسوب شده است. مثلاً بعضی تأمین نیاز حقوقی جامعه را موجب مشروعیت آن دانسته^۱ (محقق الثانی، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۵، ص ۳۲۲؛ حلی سیوری، ۱۴۰۳هـ.ق، ص ۱۱۸)، حتی بعضی آن را به عنوان اصل مستقل توصیف کرده‌اند، زیرا معتقدند «دفع ضرر و حاجت، اصل مستقلى از اصول شرعیه، در اثبات احکام است (میرزای قمی، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۲، ص ۴۴۴).

بعضی دیگر معتقدند، توثیق معامله مبنای مشروعیت ضمان درک است، زیرا هر طرف نگران است که مال منتقل شده به او، متعلق به غیر باشد. بنابراین، با ضمان درک از آن مطمئن می‌شود که

۱. «سوغه مسیس الحجة إليه».

مال ضایع نمی‌شود (طباطبایی حکیم، بی تا، ج ۱۳، ص ۳۵۰). بعضی دیگر بیم طرفین معامله را مبنای مشروعیت تضمین ثالث دانسته‌اند، زیرا طرفین بیم آن دارند که مبیع یا ثمن، کلاً یا بعضاً، متعلق به غیر درآید. بنابراین، شخصی ضامن درک می‌شود تا شرعاً از عهده مضمّن یا ثمن برآید (بهبهانی، ۱۳۱۰هـ.ق، ص ۱۴۸).

بعضی دیگر معتقدند، عبارت‌های بعضی نشان‌دهنده این است که دلیل اعتبار ضمان عهده ثمن، اجماع یا ضرورت است. اگر این ضمان توثیقی نباشد، باید بعضی از معاملات تعطیل شود، چون در بسیاری از موارد انسان محتاج به انجام دادن معاملات است که طرف مقابل موثق نیست که در صورت بطلان عقد، ثمن را بازگرداند (بحرانی، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۲۱، ص ۳۶).

در حقوق موضوعه معاصر نیز به بیم طرفین از فوت منافع انتظاری استناد شده و ضمان درک به علت احتمال خلع ید طرف قرارداد از موضوع معامله توسط دارنده حق، یا احتمال وجود عیب مخفی در آن توجیه شده، و برای بایع یا مشتری از این حیث تعهداتی پیش‌بینی شده است. مثلاً در ماده ۱۶۰۳ ق.م.ف. آثار بیع در دو تعهد اساسی تسلیم و تضمین خلاصه شده است و در ماده ۱۶۲۵ ق.م.ف. دو نوع تضمین برای بایع مقرر شده است، نخست اینکه تصرف و مالکیت انتقالی به مشتری بلامنازع باشد [کسی نسبت به آن ادعایی نداشته باشد]. این تضمین به‌عنوان جبران مقابله با تخلیه یا رفع تصرف احتمالی مشتری توصیف شده است تا تصرف مطمئن را برای او تأمین کند (Mazeud et al., 1998, p.227)؛ دوم اینکه مبیع سالم و فاقد عیب موجب خیار باشد که بعضی هدف از آن را تضمین اجرای کامل قرارداد توصیف کرده‌اند (Rousseau, 1986, p.98). همچنین، در مواد ۴۱ و ۴۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر شده است بایع باید مالی را تسلیم کند که ثالث نسبت به آن ادعا یا حقی نداشته باشد. در ماده ۲:۳۰۵ طرح اصول مشترک مرجع اروپایی (DCFR) نیز مقرر شده است کالا باید از هرگونه حق یا ادعای ثالث آزاد باشد (Christian et al., 2008, pp.81&196).

بر اساس ماده ۱۰۲ قانون بیع مشترک اروپایی (CESL)، کالا باید از هرگونه حق یا ادعای ثالث آزاد باشد و لزوم تطابق مبیع در بند c ماده ۹۱ آن، و بندهای ۱ و ۲ ماده ۴۳۳ قانون مدنی آلمان به

لزوم رهایی مبیع از هر گونه عیب مادی یا حقوقی تفسیر شده است (Dannemann & Vogenauer, 2013, pp.556&559).

در نتیجه، مبنای ضمان درک از سویی، تضمین رابطه حقوقی و منافع قراردادی ناشی از آن است، زیرا اگر چنین ضمانی شناسایی نشود، امنیت معاملی ایجاد نمی‌شود و به تعبیری، بازار تعطیل می‌شود، چون هر کس که معامله‌تغابنی یا تجاری منعقد می‌کند، قصد افزایش منافع خود را دارد و این بیم که احتمالاً منافع او به علت تعلق مال مورد معامله به دیگری یا وجود عیب مخفی، ضایع شود، باید برطرف شود. از سوی دیگر، موضوع معامله از ادعای ثالث محفوظ بماند و هر کس که مالی را خریداری می‌کند با ادعای ثالث مواجه نشود. بنابراین، هر طرف ملزم است در برابر ادعای ثالث نسبت به مالی که موضوع معامله قرار داده است، مسئول باشد و از طرف دیگر معامله حمایت کند. بنابراین، در تفسیر ضمان درک باید به مبنا و فلسفه مشروعیت آن توجه شود.

منشأ ضمان درک

یکی دیگر از ابعاد حقوقی ضمان درک، تبیین منشأ آن است. به این بیان که آیا ضمان درک ناشی از عقد بیع یا عقد ضمان یا قواعد حقوقی خارج از قرارداد است؟ در ماده ۱۶۰۳ ق.م.ف. ضمان درک از آثار قانونی بیع، بایع متعهد به تضمین عدم تخلیه کلی و جزئی از مبیع، و نیز هر ادعایی که نسبت به آن ابراز شود، محسوب می‌شود، اگر در زمان انعقاد بیع آن را اظهار نکرده باشد (Mazeaud et al., 1998, p.227). در حقوق ایران نیز، بعضی به این وجه متمایلند (عدل، ۱۳۷۳، ص ۲۳۶). ولی در بین صاحب نظران حقوق اسلامی اختلافی است که بررسی می‌شود.

قواعد خارج از قرارداد

در یک دیدگاه، ضمان درک ناشی از قبض به عقد باطل دانسته‌اند و منشأ آن در قواعد خارج از عقد جست‌وجو می‌کنند. مثلاً بعضی مجرای ضمان عهده را مورد باطلان بیع دانسته‌اند. مانند موردی که موضوع مستحق للغير درآید یا فاقد شرایط اعتبار باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۹، ص ۲۹۹). از این رو، بعضی آن را به ضمان بازگرداندن مقبوض به عقد فاسد توسط قابض تعبیر

کرده و مال را بر عهده ضامن دانسته‌اند تا آن را به مالک برگرداند و اگر تلف شود، به مثل یا قیمت جبران کند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۸۶)، ولی چون تضمین آن را معتبر دانسته‌اند، معتقدند ضمان عهده از قاعده علی‌الید و ضمان عقدی ناشی می‌شود که هر دو اصل واحدی دارند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۹۵ هـ.ق، ج ۱، ص ۲۴۱). بعضی دیگر که مستند ضمان درک را قاعده علی‌الید تعبیر کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۲۶ هـ.ق، ص ۹۵)، بر دیگران اشکال کرده‌اند که مستند تأسیس «ضمان درک» قبض به عقد فاسد است. بنابراین، در ماده ۳۹۰ ق.م. ضمان بر قبض مبتنی شده و کاملاً روشن است که مبنای ضمان، تصرف بدون مجوز شرعی است. هر چند متصرف با رضایت مالک مال را تصرف کرده است، ولی چون هنگام تصرف، اراده وی بر پرداخت عوض مستقر شده، متصرف ضامن است (محقق داماد، ۱۴۰۶ هـ.ق، ج ۱، ص ۱۰۴). مطابق با این دیدگاه، ضمان درک ناشی از قواعد خارج از عقد است که سابقه آن به شیخ طوسی برمی‌گردد که قاعده اقدام را مستند آن توصیف کرده است (طوسی، ۱۳۸۷ هـ.ق، ج ۳، ص ۵۸، ۶۵، ۶۸، ۸۵ و ۸۹). در دکتترین حقوقی نیز بعضی ضمان درک را قاعده حاکم بر بیع باطل دانسته که مستحق للغیر در آمدن مبیع خصوصیتی ندارد و حکم ماده ۳۶۲ ق.م. که ضمان درک را از آثار بیع صحیح اعلام کرده است، غیرموجه دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۷، ص ۴۶۲). بعضی دیگر (از جمله کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۲۲-۲۲۱)، «درک» را به تعلق مبیع به غیر و «ضمان» را به ضمان معاوضی تفسیر کرده، اما ضمان درک را از آثار بیع باطل شمرده‌اند، چون اگر بیع صحیح بود، مبیع به دیگری تعلق نداشت. این تعبیر از ضمان درک با مبانی و فلسفه اجتماعی آن مطابقت ندارد، زیرا اگر فلسفه ضمان درک بیم از دست رفتن مال مورد معامله به علت تعلق عوض آن به غیر باشد، قاعده علی‌الید، قاعده حرمت مال مسلم و قواعد حاکم بر معامله فضولی و قبض به عقد فاسد کافی است و نیازی به ضمان درک نمی‌باشد.

عقد ضمان

دیدگاه دیگر که مورد اتفاق فقهی است، عقد ضمان یا شرط نتیجه آن را منشأ ضمان درک محسوب می‌کند، اعم از این که ثالث از عهده متبایعین ضمانت کند، یا هر یک از آنان عهده

خویش را تضمین کنند، مثلاً معتقدند ضمانت از بایع در مورد ثمن نافذ است (طوسی، ۱۳۸۷هـ.ق، ج ۲، ص ۳۲۶). بعضی دیگر اثر ضمان عهده را این دانسته‌اند که اگر شخصی شیئی را بفروشد و بیم آن باشد که مبیع یا ثمن مستحق للغير درآید، حق رجوع به ضامن و مضمون عنه داشته باشد و این ضمان ضم ذمه به ذمه است (صیمری، ۱۴۲۰هـ.ق، ج ۲، ص ۲۰۳). حتی بعضی قلمرو تضمین را توسعه داده و ضمان ارش را نیز صحیح تلقی کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۲، ص ۲۸۸). در این دیدگاه ضمان درک از آثار بیع تلقی شده، که به تضمین ثالث توثیق می‌شود. به همین علت، بعضی در توجیه قابلیت تضمین عهده معتقدند چون بیع موجب ملکیت ثمن برای بایع و مبیع برای مشتری می‌شود، ضمان عهده نافذ است، زیرا ممکن است مبیع یا ثمن، مستحق للغير درآید. این ضمان گاهی ناشی از بطلان بیع نیست، مانند موردی که موضوع معامله کلی در ذمه یا موردی که عیبی در آن باشد، تا ارش را پرداخت کند و گاهی بطلان بیع است، مانند موردی که مبیع مستحق للغير درآید (مجاهد، بی تا، ص ۱۲۹).

بعضی نیز، ضمان درک را از آثار بیع باطل دانسته و معتقدند ضمان ثمن به نفع مشتری، وقتی که مبیع مستحق للغير درآید یا به علت فقدان شرایط اعتبار بیع، عقد باطل شود، نافذ است (موسوی خوئی، ۱۴۰۹هـ.ق، ج ۲، ص ۲۰۸). بنابراین، بعضی دیگر که به ناچار اجماع فقهی، صحت ضمان از عهده یا ضمان درک را قبول کرده‌اند، معتقدند معنای ضمان، بر فرض صحت، ضمان اصطلاحی نقل ذمه نیست که ذمه مضمون عنه بریء و ذمه ضامن مشغول به مضمون به شود، بلکه ضامن به رساندن مضمون به، به مضمون له متعهد است، ولو به اجبار طرف دیگر، اگر عین موجود باشد و پرداخت بدل آن از دارایی ضامن اگر مضمون به تلف شده باشد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۲، ص ۳۴۵). همچنین، به ضمان تقدیری یا نوعی ضمان معلق تعبیر شده است که اگر مضمون به تلف شود، ضامن بدل آن را به مضمون له پرداخت کند (نائینی، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۲، ص ۲۸۴).

باتوجه به این نظریه‌ها، یکی از اسباب ضمان درک، عقد ضمان است که به اتفاق، تضمین متعاملین از عهده خود یا ثالث از آنان نافذ است. در ماده ۶۹۷ ق.م. تحت تأثیر این نظریه‌ها، مقرر شده است ضمان از عهده بایع یا مشتری نافذ است. هرچند از حیث نظری، بر این تعبیر اشکالی

وارد نیست و مطابق با قواعد حقوقی است، از حیث موضوع عرفی و کاربردی، بر ماهیت عرفی ضمان درک منطبق نیست، چون برای تحقق آن مطابق با این دیدگاه، باید حداقل شرط تضمین طرفین یا ثالث در عقد درج شود.

عقد بیع

بر اساس دیدگاهی دیگری، ضمان درک از آثار اقتضایی عقد بیع است. بنابراین، بعضی شرط بیع به ضمان درک را به علت فقدان فایده و اثر حقوقی باطل دانسته‌اند، چون به مقتضای عقد بیع، این ضمان بر بایع مترتب است (محقق ثانی، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۵، ص ۳۲۳). در مقابل، بعضی التزام بایع به ضمان درک و شرط بازپرداخت ثمن مضاعف را به این استدلال که فایده شرط ضمان درک، تأکید بر اثر عقد بیع است، صحیح دانسته‌اند که به نحوی تعهد و ضمان بایع را از حیث اثباتی توثیق می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۱۷۳). بعضی دیگر ضمان درک را از آثار بیع صحیح شمرده‌اند، اگر مورد معامله کلی در ذمه صحیح یا مضمون به پرداخت ارزش باشد (نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۲۶، ص ۱۳۶)، حتی بعضی در توجیه قابلیت توثیق ضمان، معتقدند بیع مقتضی ضمان درک ثمن در فرض ظهور مستحق للغير در آمدن مبیع و مانند آن است که حق مضمون به بین ثابت بالفعل و ثابت بالقوه در زمان ضمان به علت تحقق مقتضی (وجود یا وجود سبب آن) است (کاشف الغطاء، ۱۳۹۵هـ.ق، ج ۱، ص ۲۴۸).

بعضی دیگر قلمرو ضمان درک را به عیب مورد معامله و مستحق للغير در آمدن مبیع، که در حقوق خارجی به عیب در کیفیت^۱ و عیب حقوقی^۲ (Felemegas, 2007, pp.168, 176&375) تعبیر شده، توسعه داده‌اند و معتقدند مضمون به ضمان درک عین مال نیست، بلکه عهده آن است به این معنا که خسارت ناشی از آن مضمون به است و فرق بین این دو فرض روشن است، زیرا اگر عین، مضمون به باشد، با انعقاد عقد ضمان، مضمون به، به ذمه ضامن منتقل می‌شود، ولی ضمان عهده

1. Defects in quality

2. Defects of title/legal defects/

فقط موجب جبران خسارت احتمالی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۴، ص ۱۹۰)، اگر مضمون به عین مبیع یا ثمن باشد، مانند موردی که کلی در ذمه یا جبران خسارت وارده بر عین معین خارجی باشد. ضمان عهده نسبت به ثمن به نفع بایع زمانی نافذ است که بیع صحیح باشد، اما اگر ثمن عین معین باشد و مستحق للغیر درآید، چون بیع باطل است، بایع محتاج ضمان درک عین مبیع است (شهید ثانی، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۴، ص ۱۹۱).

این تفسیر از ضمان درک مطابق با تعبیری است که در حقوق موضوعه معاصر وجود دارد، زیرا به فلسفه ضمان درک، یعنی تضمین اصل ثبات و امنیت قراردادی، و حمایت از منافع قراردادی هر طرف توجه شده است. این تعبیر از دیدگاه‌های دیگر موجه‌تر است، زیرا بر قواعد کلی حقوق قراردادهای تجاری و فلسفه ضمان درک منطبق است، چون، با توجه به اینکه بایع مال را فروخته و غالباً از مستحق للغیر بودن آن خبر ندارد، آیا موجه است که در صورت مطرح شدن ادعایی نسبت به آن، بایع از مشروعیت سمت و تصرف خود دفاع نکند، در حالی که هر ادعایی احتمال صدق و کذب آن وجود دارد و کسی که می‌تواند غیر واقعی بودن ادعای مدعی را ثابت کند، بایع است، چون ادعای مدعی به زمان تصرف بایع مرتبط است. همچنین، بر مبنای اصل امنیت و ثبات قراردادها که مطابق با ماده ۲۲۳ ق.م. هر معامله‌ای صحیح شمرده می‌شود، مگر خلاف آن اثبات شود، بایع می‌تواند از مشروعیت تصرف خود دفاع کند.

در نتیجه، نمی‌توان ضمان درک را به‌طور مطلق، از آثار بیع باطل دانست، زیرا از سویی، اصل بر صحت معاملات است و از سوی دیگر، احتمال صدق و کذب ادعای ثالث وجود دارد. افزون بر این، اثبات ادعای او حکایت از صدق ادعای او ندارد. مثلاً ممکن است بایع مبیع را از مدعی بدون شاهد و سند خریداری کرده باشد و بعد از فروش، مدعی طرح ادعای مالکیت خود به شهادت شهود کند که در این صورت ظاهراً حکم به نفع مدعی صادر می‌شود، ولی در واقع، او محق نیست. پس، ضمان درک بایع نسبت به مبیع عبارت است از مسئولیت بایع به پاسخ‌گویی ادعای ثالث نسبت به مبیع به شرط آن که منشأ تحقق ادعا در زمان قبل از انعقاد بیع یا تسلیم مبیع باشد. این تعهد ناشی از عقد بیع است که به موجب آن بایع باید در مقابل ادعای ثالث از مشتری

حمایت کند، چون مواد ۳۵ و ۱۹۶ ق.م. به کار گرفته می‌شود، هر فروشنده‌ای که مالی را برای فروش عرضه می‌کند، ظاهر این است که مالک آن است و قانون نیز بر مبنای این ظهور، بائع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار داده است. این تعهد به صراحت در ماده ۴۸۹ ق.م. برای موجر شناسایی که باید نسبت به ادعای ثالث از مستأجر دفاع کند.

بنابراین، ضمان درک در اکثر موارد از آثار بیع صحیح است، زیرا اگر مورد معامله کلی یا معیوب به عیب مخفی باشد، شبهه‌ای نیست که به اعتبار عقد خللی وارد نمی‌شود. اگر عین خارجی مثلی باشد می‌توان با تسلیم فرد دیگر به مدعی یا مشتری از رابطه قراردادی حمایت کرد. اگر قیمی باشد، هر چند اکثر صاحب‌نظران ضمان درک را در این فرض بررسی و حکم به بطلان بیع کرده‌اند، نخست، این مورد نادر است و به عنوان قاعده قابل طرح نیست؛ دوم، مضمون به ضمان درک، خسارت طرف دیگر قرارداد است که از این حیث باید ضمان درک را ناشی از مطلق عقد اعم از صحیح و باطل دانست که ضمانت اجرای حقوقی آن متفاوت می‌شود.

مضمون به ضمان درک

یکی دیگر از موضوعات تحلیل‌شدنی مضمون به ضمان درک است. به این بیان که مضمون به در ضمان درک، چه چیزی است و ضامن چه تعهدی در قبال مضمون‌له دارد. در این زمینه دو رویکرد، منفعت قرارداد محور و ملکیت محور مطرح است که در مواردی با هم همراه و در مواردی از هم جدا، و به نحوی در مقابل هم قرار می‌گیرند. مثلاً اگر ظهور عیب مخفی یا مستحق للغير درآمدن مبیع در بیع کلی در ذمه موجب مسئولیت شود، هر دو رویکرد معتقد به پرداخت ارش یا جبران خسارت و تسلیم مثل مالی که مستحق للغير درآمده می‌باشند، ولی در مواردی که مورد معامله مستحق للغير درآمده، عین خارجی است، تأثیر این دو رویکرد متفاوت است، زیرا بر مبنای رویکرد منفعت قرارداد محور، ضامن باید فوت منافع مال مستحق للغير درآمده را به مضمون‌له تسلیم کند. مثلاً اگر مشتری محکوم به رفع تصرف از عین مبیع شود، مطابق با ماده ۱۶۳۹ ق.م.ف. بائع باید، علاوه بر ثمن معامله، منافع مشتری و هزینه‌های اجرای عقد و نیز منافی را که به علت تخلیه، مشتری از آن محروم شده است، جبران کند طبق ماده ۱۶۵۱ ق.م.ف. حتی اگر مبیع کاهش

قیمت پیدا کرده و کاهش قیمت ناشی از انتفاع یا غفلت مشتری باشد، اعم از اینکه بایع حسن نیت یا سوء نیت داشته باشد، فقط زمانی کاهش قیمت مورد توجه قرار می‌گیرد که به نفع خریدار باشد مانند کاهش قیمت معدن زغال سنگ در نتیجه استخراج، که مطابق با ماده ۱۶۳۲ ق.م.ف. به مقدار منافع اکتسابی از میزان ثمن کاسته می‌شود (Rousseau, 1986, p.212). اما بر مبنای رویکرد حق مالکیت محور، ضامن باید مال مستحق للغير درآمده را برگرداند، اگر موجود باشد و گرنه مثل یا قیمت آن را باید تسلیم کند. از این رو، ضمان عهده، ضمان درک نامیده شده است که باید غرامت وارده به طرف معامله پرداخت شود، اگر مستحق (مالک قانونی) عین مال خود را ادراک و دریافت کند^۱ (بحرانی، بی تا، ج ۱۲، ص ۳۶۶؛ عاملی، ۱۴۲۷هـ ق، ج ۵، ص ۱۴۸؛ عبدالرحمان، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۶).

به هر حال، علی‌رغم اینکه در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م. مقرر شده است بایع ضامن درک مبیع و مشتری ضامن درک ثمن است، در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ ق.م. که به تشریح بند ۲ ماده ۳۶۲ مرتبط است، ضمان بایع نسبت به ثمن و مشتری نسبت به مبیع منتسب شده است. یعنی اگر مبیع مستحق للغير درآید، بایع باید ثمن را به مشتری برگرداند و اگر ثمن مستحق للغير درآید، مشتری باید مبیع را به بایع برگرداند. در حالی که نخست، مبنای لزوم بازگرداندن ثمن در صورت بطلان بیع، مالکیت مشتری به ثمن و عدم انتقال آن به بایع است و نیازی به عنوان ضمان درک نیست. بنابراین، در باب معامله فضولی، مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳ ق.م. بدون ضمان درک، به تعهد بازگردان ثمن تصریح شده است.

دوم، ادبیات قاعده یا ترکیب عبارت آن، ظاهر در این است که بایع نسبت به مبیع ضامن است و ضمان درک مشتری نیز به ثمن اضافه و تعلق گرفته است، چون بازگرداندن ثمن به مشتری یا مبیع به بایع عرفاً درک محسوب نمی‌شود، زیرا درک به خسارت و جبران تفسیر شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۰هـ ق، ج ۲، ص ۲۸۲) و برگرداندن مال به مالک جبران محسوب نمی‌شود. بنابراین،

۱. و قيل سمي ضمان الدرك لالتزام الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله

بعضی (موسوی خمینی، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۱، ص ۲۶۰)، بازگرداندن مال به مالکش به حسب اقتضای عقد، درک و از قبیل ضمان ندانسته‌اند، چون اگر ثمن در تصرف بایع موجود باشد، بازگرداندن آن به مشتری عرفاً تأدیه درک گفته نمی‌شود. بنابراین، مضمون به باید طوری تفسیر شود که نخست، ضمان درک با سایر قواعد حقوقی، به‌ویژه قاعده علی‌الدخل و هم‌پوشانی کامل نداشته باشد و استقلال آن معلوم و نیز اعتبار قاعده اثر حقوقی داشته باشد تا قابل تشریح باشد و با حکمت قانون‌گذاری منافات نداشته باشد، زیرا با وجود قاعده عام علی‌الدخل، که مبتنی بر حرمت مال غیر است، نیازی به اعتبار ضمان درک بر فرض تفسیر مشهور نیست، چون اعتبار قاعده‌ای که حتی یک فرعی را به‌طور جداگانه تحت پوشش ندهد، لغو است؛ دوم، از دیدگاه عرفی درک و خسارت ناشی از مستحق‌الغیر درآمدن مال مورد معامله را جبران کند، طوری که گویی مال مستحق‌الغیر واقع نشده است. هر چند در ماده ۳۹۱ ق.م. جبران خسارت طرف زیان‌دیده بیان شده است، در نتیجه تفسیر نادرست از مضمون به ضمان درک، رویه قضایی غالباً خسارت را محدود به زیان‌های منفی^۱ یا هزینه‌های انعقاد معامله دانسته و از جبران زیان مثبت^۲ امتناع کرده است. مثلاً در پرونده کلاسه ۷۳۳/۸۸ ح ۲، شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو در دادنامه شماره ۹۱۴/۸۸ - ۱۳۸۸/۸/۳۰ به پرداخت تفاوت قیمت مبیع از روز انعقاد معامله تا روز رسیدگی قضایی حکم کرد، اما شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان آن را نقض کرد، به این استدلال که چون تورم موجود در جامعه موجب افزایش قیمت مبیع شده، داخل در غرامت قرار نمی‌گیرد. ولی در پرونده کلاسه ۸۹۰۰۸۶/۸۹ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر همان استان، به این استناد که غرامات مقرر در ماده ۳۹۱ ق.م. مطلق است و شامل افزایش قیمت ملک در نتیجه تورم و کاهش ارزش پول می‌شود، رأی شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو را تأیید کرده است. در نتیجه صدور آرای متعارض نسبت به موضوع واحد و ارسال گزارش آن توسط رئیس دادگستری استان به دیوان عالی، رأی وحدت

1. Negative damage
2. Positive damage

رویه شماره ۷۳۳ - ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر در نظر گرفتن نرخ تورم صادر شده است.

هرچند این رأی وحدت رویه اقدامی مثبت برای حمایت از منافع قراردادی مورد انتظار است، حکم به نرخ تورم و کاهش ارزش اقتصادی ثمن پولی که مبیع آن مستحق للغير قرار گرفته است، بر ماهیت ضمان درک انطباق ندارد، زیرا نرخ تورم عبارت از میزان کاهش قدرت پول ملی در قبال پول خارجی که ممکن است حسب مورد، به ویژه در معامله املاک همه خسارت زیان‌دیده را پوشش ندهد.

به هر حال، هر چند کاهش شدید ارزش اقتصادی پول از یک طرف، و افزایش فاحش قیمت مبیع، به ویژه در بخش مسکن از طرف دیگر، بعضی از دادگاه و در نهایت، دیوان عالی کشور را متأثر کرده است و به ناچار رأی رفع بی‌عدالتی به قواعد مانند لاضرر، تمسک کرده‌اند تا از مشتری زیان‌دیده حمایت کنند. ولی مشکل اساسی این است که ضمان درک در سایه قاعده علی‌الید، طوری تفسیر شده است که فلسفه اعتبار آن از دست رفته است و باید در تفسیر ضمان درک و مواد قانونی مرتبط به آن تجدید نظر شود.

در نتیجه، مضمون به ضمان درک باید طوری تفسیر عقلایی شود که از سویی، از قاعده علی‌الید مستقل شود و از سوی دیگر، خسارت ناشی از مستحق للغير گرفتن مال مورد معامله را تدارک و جبران کند، یعنی ضمان بایع نسبت به جبران زیان ناشی از مستحق للغير قرار گرفتن مبیع و ضمان مشتری نسبت به مستحق للغير گرفتن ثمن توصیف شود. این تفسیر به قاعده غرور نیز توجیه‌شدنی است، چون اگر مبیع مستحق للغير در نمی‌آمد، مشتری دارای ارزش اقتصادی آن بود. پس، بایع باید ارزش اقتصادی مبیع را ضامن باشد تا مشتری در وضعیتی قرار گیرد که گویی عقد به اعتبار خود باقی است. همان‌طور که در هبه طعام به مالک آن، حکم به اعطای مثل شده است.

نتیجه

هر چند رویکرد اعتبارمحور و ظهورگرا بر مبنای ادله شرعی در حقوقی اسلام با رویکرد تعهدمحور در حقوق فرانسه متفاوت است، از حیث تحلیل تطبیقی آن دو درباره ضمان درک این

نتیجه حاصل شد که هدف دو سیستم از شناسایی ضمان درک و نیز مبنا یا فلسفه حقوقی آن یکسان است و آن از منظر حقوق قراردادهای برقراری و حفظ امنیت و ثبات رابطه حقوقی و حمایت از منافع طرف زیان‌دیده است. اما بعضی از اختلافات موجب شده است که احکام دو سیستم یکسان نباشد که اصلی‌ترین آن رویکرد متفاوت دو سیستم به شرایط معاملی مورد معامله و منافع طرفین آن می‌باشد. به این بیان که در حقوق اسلام چون سیستمی ادله‌گرا است، از یک سو به ظهور عبارت انشائی بایع توجه، و از سوی دیگر، از حیث اعتبارمحوری غالباً به شرایط مبیع برای صحت معامله آن توجه شده است که مهم‌ترین آن مالکیت مال مورد معامله است، ولی در حقوق فرانسه که رویکرد آن، تعهد و وظیفه‌محور است از سویی، به تعهدات بایع نسبت به شرایط معاملی مبیع و از سوی دیگر به ضمانت اجرای تخلف از آن که تأمین منافع قراردادی مشتری است، تکیه شده است. بنابراین، در موارد که مبیع کلی در ذمه معامله، یا مبیع خارجی معیوب به عیب مخفی باشد، ضمانت اجرای حقوقی هر دو سیستم یکسان است ولی در مواردی که مبیع عین خارجی متعلق حق ثالث باشد، ضمانت اجرای دو سیستم متفاوت می‌شود.

همچنین، در حقوق اسلامی منشأ ضمان درک بین قواعد خارج از عقد، عقد ضمان و عقد بیع اختلافی است ولی در حقوق فرانسه ضمان درک از آثار قانونی عقد بیع محسوب شده و توافق طرفین ناظر بر تعدیل یا تشدید آن است.

منابع و مأخذ

۱. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳هـ.ق). *مجمع الفوائد و البرهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*. چاپ هشتم، تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵هـ.ق). *مکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ.
۴. بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳هـ.ق). *بلغه الفقیه*. تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۵. بحرانی، حسین بن محمد (بی تا). *الأنوار اللوامع*. قم: مجمع البحوث العلمیه.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵هـ.ق). *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. بهبهانی، محمدباقر (۱۳۱۰هـ.ق). *رساله عملیه متأجر*. چاپ اول، تهران: حاج شیخ رضا تاجر تهرانی.
۸. ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷هـ.ق). *الزبد الفقیهیه*. چاپ چهارم، قم، دارالفقه للطباعه و النشر.
۹. حائری طباطبایی، سید محمدمجاهد (بی تا). *المناهل*. قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۱۰. حلّی سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳هـ.ق). *نضد القواعد الفقیهیه علی مذهب الإمامیه*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۱. حلّی، نجم الدین جعفر بن زهدری (۱۴۲۸هـ.ق). *ایضاح ترددات الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۲. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳هـ.ق). *مهذب الأحکام*. قم، مؤسسه المنار - دفتر.
۱۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳هـ.ق). *مسالك الأفهام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۴. صیمری، مفلح بن حسن (حسین) (۱۴۲۰هـ.ق). *غایه المرام*. بیروت: دارالهادی.
۱۵. طباطبایی حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقهاه*. جلد سیزدهم، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.

۱۶. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. گردآوردنده: سید مصطفی محقق داماد، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷هـ.ق). المبسوط. تهران، المكتبة المرتضوية.
۱۸. عبدالرحمان، محمود (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية. بی جا: بی نا.
۱۹. عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی. قزوین: بحر العلوم.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳هـ.ق). قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴هـ.ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰هـ.ق). تحریر الأحكام. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۳. قارپوزآبادی قزوینی، ملاعلی (۱۴۱۴هـ.ق). صیغ العقود و الإیقات (محتشی). قم: انتشارات شکوری.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). عقود معین، چاپ ششم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا انتشارات مدرس.
۲۵. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی (۱۳۵۹هـ.ق). تحریرالمجله. نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
۲۶. مجاهد، سید محمد (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۷. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی (۱۴۱۴هـ.ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل البيت.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶هـ.ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۲۶هـ.ق). ایقاع، اخذ به شفعه ایقاع. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۰. مطهری، مرتضی (۱۳۸۱). مجموعه آثار استاد شهید مطهری: بخش فقه و حقوق. قم: صدرا.

۳۱. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱هـ.ق). *فقه الإمام الصادق علیه السلام*. قم: مؤسسه انصاریان.
۳۲. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ (۱۴۱۹هـ.ق). *القواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح... (۱۴۱۵هـ.ق). *کتاب البیع*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹هـ.ق). *مبانى العروه الوثقی*. قم: مدرسه دارالعلم.
۳۵. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷هـ.ق). *مصباح الفقاهه*. تقریرکننده: محمدعلی توحیدی، قم: مؤسسه انصاریان.
۳۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳هـ.ق). *جامع الشتات*. تهران: مؤسسه کیهان.
۳۷. نائینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۴۱۳هـ.ق). *المکاسب و البیع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۸. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴هـ.ق). *جواهرالکلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

39. Christian Von Bar, E.C. et al. (2009). *Draft common frame of reference (DCFR), dissen (Germany)*. Munich: European law publishers GMBH.
40. Dannemann, G. & Vogenauer, S. (2013). *The common European sales law in context: interaction with English and German law*. Oxford scholarship online, Available at <http://www.oxfordscholarshiponline.com>.
41. Felemegas, J. (2007). *An international approach to the interpretation of the United Nations convention on contracts for the international sale of goods (1980) as uniform sales law*. New York: Cambridge University Press.
42. François, C.D. et al (1996). *Contras civil et commereciaue*. Paris: Dalloz.
43. Lambert, G. (1974). *Cour de droit civil*. t.2, Paris: Maitonneuve.
44. Mazeaud, H. et al (1998). *Leçons de droit civil, obligation*. t.2, Paris : Montchrestien.
45. Thérèse, R.H. (1986). *Précis du droit de la vente et du louage*. Presses Université Laval.